

POR GVILLEN CLVT, Y IAQVEZ CHAVBIN, ALBA-ceas testamentarios de Nicolas Sebastian Sen, vezinos de la Ciudad de Seuilla.

EN EL PLEYTO

Con la Capilla y Casa pia de san Andres de las naciones Flamenca y Alemana de la dicha Ciudad.

En Granada, por Baltasar de Bolibar, y Frãcisco Sãchez, a la porteria de las Monjas Calçadas de Nuestra Señora del Carmen. Año de 1649.



S sobre pretender la Casa pia, que los dichos Guillen Clut, y Iaquez Chaubin, como tales albazeas, sean condenados a la paga y restitucion del remaniente de los marauedis y hazienda que ha resultado de la que dexó el dicho Nicolas Sebastian Sen; por dezir, que Iuã Ansen, vno de los albazeas, por escritura publica de 10. de Abril de 1647. vsando de la facultad que el testador le dió, le adjudicó el dicho remaniente para efecto de imponerlo a renta, y conuertirla en dotes, para casamiento de donzellas, prefiriendo las de las naciones Flamenca y Alemana.

2 ¶ Guillen Clut, y Iaquez Chaubin se defienden, entre otras con tres excepciones.

3 ¶ La primera, *declinatoria del fuero, pretẽdiendo no auerse podido introduzir esta demanda ante la Real justicia, y que toca el conocimiento a el Iuez Eclesiastico.*

4 ¶ La segunda, *que quando se pudiera conocer en este Tribunal, no es parte la casa pia para pretẽder este residuo, por no tener subsistencia, ni validacion la adjudicacion que Iuan Ansen le hizo de este remaniente, o causa de no ser albazea, assi respecto de no auer aceptado este exercicio, y ministerio de tal, como porque en concurso de estas partes, que desde la muerte del testador lo han vsado continuomente, y cumplido la voluntad, ser ellos a quienes pertecìó el disponer, como lo han hecho, y no al dicho Iuã Ansen,* y por otras circunstancias que se aduertiran.

5 ¶ La tercera, *que aun quando todo lo antecedente faltara, esta accion y demanda en el estado que se hallauan las cosas al tiempo que se introduxo, no procede contra los albazeas, ni por acciõ Real, ni personal, & per consequẽs deuen ser absueltos.*

6 ¶ Y para que se haga demonstraciõ de la justicia de Guillen Clut, y Iaquez Chaubin, diuidiremos esta alegacion en tres puntos, que correspon-

responderán a las excepciones referidas.

(*) PRIMERO PVNTO. (*)

7 ¶ No es dudable, que el remaniēte de los bienes de Nicolas Sebastian Sen, sobre q̄ es el litigio, se ha de conuertir precisamente en obras pias, assi lo dispone por su testamento, ibi: *Lo que restare de mi hazienda lo conuiertan en otra obra pia.* Et inferius illic: *Los dichos mis albazeas conuiertan lo que restare por mi alma en las obras pias que les pareciere.*

8 ¶ De que se infiere, que pues el litigio viene a ser sobre el legado de este residuo para obras pias, que se le pide a Guillen Clut, y Iaquez Chaubin, como tales albazeas el conocimiento toca priuatiuamente a el Iuez Eclesiastico, ex sequentibus.

9 ¶ Lo vno, porque quādo no se siguiera la sentencia de muchos que tuuieron, que la demanda sobre legados pios le pertenecia, *ex cap. si hæredes, cap. nos quidem, cap. Ioannes, cap. tua,* vbi glosa, verbo, *pijs, de testam. l. nulli, C. de Episcop. & Cleric. §. si autem, Auth. de Eccles. titul. colat. 9. l. 7. tit. 10. p. 6.*

10 ¶ Sino que fuesse de mixto fuero, *ex dict. cap. si hæredes, de testam. Auth. de Eccles. tit. §. si quis in ædificationem* ibi: *Prouidentia locorum Episcopi, & ciuilis iudicis, l. hæreditas 53. in fi. de petit. hæred.* ibi. *Principali, vel Pontificali.* Dom. Couarruv. *in cap. relatum, de testam. in fin.* Gutierrez. 1. *pract. q. 45. à n. 1. cū seqq.* Salazar *de vsu, & cōsuet. c. 8. n. 20.* Pereir. *de manu reg. c. 16. à n. 1. p. 1.*

11 ¶ Les fauorece esta circūstācia, pues desde el año de 643. que murió el dicho Nicolas Sebastian Sē, está introduzido litigio ante el Iuez de testamentos, de pedimiento de su Fiscal, contra los albazeas sobre el cumplimiento deste, y las obras pias, como cōsta del testimonio presentado; conque por la preuencion es de su juzgado el conocimiento, *l. si quis postea quam, ff. de iudic. cap. proposuisti, de foro compet. cap. tuæ, de procurat.* Auiles *in c. 20.*

Præ-

Prætorum,*gloſ.Vſurpan.n.*12.Farinac.*q.*8.*in fin.*Bobadill.*lib.* 2.*c.*17.*n.*163.

12 ¶ Lo otro, porque auiendoſe mouido de preſente, litigio, en razon del reſiduo deſta hazienda, y confiriendoſe en el la validacion de la aſsignacion que los albazeas han hecho, en que eſtan varios, y diſcordes en ſu ſentir (ſiendo para obras pias, en que no ay duda) toca al Iuez Eclesiaſtico el definirlo, ex Bald.*in l.Conſilio,ff.de crim.furioſ.& in l.fin.C.com.de leg.* Philip. Franc.*in cap. fin.* §. *Janè,num.*5.ibi: *Quando inter pares executores eſſet diſcordia, quia ad pias cauſas Epiſcopus, & in profanis, Præſes loci eſt diffinitor.* Gregor. Lopez *in l.*6.*tit.*10.*p.*6.*gloſ.*1. verbo, *todos*, ibi. *Quid autem ſi eſt diſcordia inter executores*: & poſt Speculat. & Bald. concludit: *In his, quæ ſunt ad pias cauſas Epiſcopus eſt diffinitor; ad profanas verò Præſes loci.* Spino *de teſtam.gloſ.*28.*num.*19.ibi: *Si verò æquales, quia ſunt duo tantum, tali caſu Epiſcopus poterit præferre quem voluerit.*

13 ¶ Pater Thom. Sanch. *conſ. moral. lib.* 4.*cap.*1.*dub.*45.*num.*3.ibi: *Quando executores diſcordes ſunt æquales pro vtraque parte, vt duo pro vna, & duo pro alia tunc, dicit Spino eo num.* 19. *Poſſe præferre Epiſcopũ, quem voluerit: dicendum eſt, quod ſi ſit in rebus pijs, poteſt Epiſcopus præferre, quem voluerit: ſi verò in rebus profanis, id poteſt iudex ſæcularis.*

14 ¶ Denique & magni ponderis, porq̃ Guillen Clut, y Iaquez Chaubin han dado ſus cuẽtas deſte albazeazgo, y en ellas preſentaron la eſcritura otorgada con la caſa del Eſpiritu Sãto, en que le aplicaron cinco mil peſos de plata deſte reſiduo, y ay auto del Ecleſiaſtico en q̃ las aprouò, y en particular eſta aſsignacion.

15 ¶ Itaque ſi ſe pretende dezir de nulidad del, ha de conocer el proprio Iuez que determinó, *l.fin C.de ſent.quæ ſine cert.quant profer.l.* 1. *C.de ſent.interlocut.l.ſi præſunt,C.quomod. & quand. iudex,l.* 2.*tit.*16 *part.*3. Didac. Perez *in l.* 2 *tit.* 15 *lib.* 3 *ordinam.col.*1276. Azeued.*in l.*3.*tit.*15.*lib.*4. *Recopil.* D. Pichard.*in manud.ad prax.*4.*p præcept.*17.*n.*6.

O ſi

16 ¶ O si se interpone apelaciõ, aurà de ser al superior de el mismo, y no a el temporal, *cap. Romana, §. debet, de appellat. in 6.* Dom. Couarr. *practic. cap. 24 num 7.* Azeued. *in d. l. 3. tit. 15. lib. 4. n. 2.* D. Pichard. *vbi proximè num. 4.* ibi: *Quod autem diximus ad superiorem iudicem interponendam appellationem, sic oportet accipere, vt iudex, cui appelletur, eius iurisdictionis sit competens, & proximus iudicis à quo.*

17 ¶ Sin que obste el dezir, que esta excepcion quedó vencida por el auto del señor don Iuañ de Llano y Valdes, y el desta Real Audiẽcia que lo confirmò, por la qual auiẽdose opuesto por estas partes, se les mandó responder.

18 ¶ Porque se satisfaze. Lo vno, conq̃ no se interpuso principalmente declinatoria, ni pidió, que esta causa se remitiesse a el Iuez Eclesiastico, no, sino entre otras dilatorias, videlicet, que por los autos que salieron contra Nicolas Blome, y en fauor de estas partes, que no lo eran las contrarias legitimas para lo que intentauan, se dixo, que ya se auia dispuesto deste residuo, y entregadolo a la casa del Espiritu Sãto; y que estaua aprouado por el Iuez de testamentos, conque auiendo podido subsistir, y siẽdo compatibles los autos de responder sobre las demas excepciones, no se ha de tener por vencida esta del fuero.

19 ¶ Argumento *l. quod in diem, § si rationem ff de compensat. l. sancimus, C. de testam. cap. cum renuntiatur 32. q. 1.* Abbas *in cap. suborta, n. 3. de re iudic.* Bart. *in d. l. quod in diem, §. 1. nu. 2.* Dom. Paz *de tenut. cap. 32. à num. 45.* Dom. Salgad. *4. p. cap. 7. à num. 84. cum seqq.*

20 ¶ Lo otro, porque fue in vim dilatoriæ tantummodo, & verum est, que se puede por peremptoria oponer de nueuo, como aora se ha hecho, *cap. veniens el 1. de except.* Decius *in Rubric. C. de edendo, num 6.* Innocent. *in cap. super literis, num. 11. de except.* Padilla *in l. fratris, nu. 5. C. de transact.* Tusch. *pract. conclus. 38. num. 18.* Paz *in praxi, 1. part. tom. 1. temp. 7. num. 7.* Azeued. *in l. 1. tit. 5. lib. 4. Recop. n. 44*

Dom. Lara *in comp. c. 25. n. 28.* Dom. Ioan. de Larrea *disp. 40. à n. 16.*

21 ¶ Y porque tocando a la jurisdicion Eclesiastica, etiam post tres conformes sententias debet admitti declinatoria fori. Deci. *cons. 141. à nu.* Grammat. *decis. 61. num. 18.* Dom. Couarruv. *pract. c. 33. num. 2.* Azeued. *in l. 1. tit. 5. lib. 4. Recopil. num. 20.* Scob. *de ratiocin. cap. 7. num. 20. vers. Neque etiam in fin.*

(✱) SEGVNDO PVNTO. (✱)

22 ¶ Quando los fundamẽtos propuestos tuuieran dificultad en lo que toca a la declinatoria, es justo que de contrario se reconozca la dureza grande que padece su demanda en la justicia principal.

23 ¶ Siquidem lo que en ella deduze la Casa pia, vienen a ser dos cosas. La vna, *que por la adjudicacion, que Iuan Ansen hizo en su fauor del residuo de la hazienda de Nicolas Sebastian Sen, se les condene a Guillen Clut, y Iaquez Chaubin, en cuyo poder entró, se lo entreguen en la conformidad de dicha adjudicacion.*

24 ¶ Y la otra, *que se le condene a que dẽ cuẽtas deste residuo.*

25 ¶ Las defensas se reduzẽ tum à que Iuan Ansen no es albacea, porque aunque fue nõbrado con los demas, no aceptó el oficio, por hallarse impedido con enfermedad que padecia a el tiẽpo que muriò el testador, veluti lo declara por su testamento, y està prouado con muchos testigos en la segunda pregunta del interrogatorio de estas partes, sin alegacion, articulo, ni cosa en cõtrario, y esta fue causa bastante para que los demas sin el vsassen assi de derecho, *arg. cap. fin. §. sané, de testibus in 6.* Dominic. Geminian. ibidem *num. 6.* Ioannes Iacob. á Canibus *de execut. vltim. §. repetitis, num. 32.* ibi: *Fallit quinto quando vnus vellet, sed non potest, impeditus, vel morbo, vel alia simili causa, quoniam aliter exequitur.* Carpi. *de execut. lib. 3. cap. 2. nu. 14.* Como

mo, ex voluntate testatoris, illic: *Y por quanto el dicho Iuan Ansen de presente, si estuuiere impedido por la enfermedad que tiene, vsen del dicho albaceazgo Guillē Clut, y Iaquez Chaubin, &c.*

26 ¶ Y tambien por no auer despues acá en el discurso de quatro años, en que hā ocupadose estas partes como tales albaceas, con tanta vigilancia y desuelo en pagar deudas, legados, continuar las correspondencias, ajustar cuentas, y las demas cosas concernientes a hazienda tan considerable, queriendo interuenir Iuan Ansen, como lo tiene alegado ante el Eclesiastico, quando se le pidio diesse cuentas deste albaceazgo.

27 ¶ Et ita, los otros albaceas lo quedaron precipuos para obrar a su disposicion, y como les parecio mas vtil sin dependencia de dicho Iuā Ansen, *ad text. in dict. cap. Religiosus, §. sané, de testamēt.* ibi: *Vno eorum mortuo, vel in remotis agente, aut id exequi forte nollente poterit alius (nisi testator aliud expresserit) officium executionis iniunctæ libere adimplere, l. 6. tit. 10. part. 6.* ibi: *Pero si acaesciere, que todos no puedē, o no quieren; lo que hizieren los dos, o el vno deue valer,* l. 38. Tauri, ibi: *Quando el testador dexare dos, ó mas comissarios, si alguno, ó algunos dellos requeridos no quisieren, ò no pudierē vsar del dicho poder, ò se murieren, el poder quede por entero a el otro.* Franc. *in dict. cap. fin. §. sané, num.* 5. plures refert Tusch. *conclus.* 535. *nu.* 3. *lit. E.* Carpi. *lib.* 3. *c.* 2. *n.* 9.

28 ¶ Lo qual procede no solo en la execucion de las cosas particulares del testamēto, pero en las distribuciones, declaraciones, ó elecciones que se les cometieren, vt in puncto Aretin. *cons.* 94. *num.* 3. Carpi. *dict. cap* 2. *lib.* 3. *num.* 16. ibi: *Deinde prædicta conclusio, & dispositio, dict. §. sané locum habet in commissarijs, electoribus, & declaratoribus, quibus electio, seu declaratio est iniuncta: ad hoc vt mortuo, seu impedito aliquo, seu aliquibus, cæteri perficere postremam voluntatem possint.* Stephanus Gratianus *cap.* 522. *num.* 2. & 3.

29 ¶ Tum, porque licet dieramos que

Iuan

Iuan Asen quedasse albacea (quod abest) adhuc, ni por las palabras del testador, ni por voluntad expressa, ni aun conjecturada se puede induzir quisiesse dar facultad a ninguno, para que por si solo, auiendo a la sazon otros distribuyesse el remaniente de su hazienda en las obras pias que les pareciesse, que es lo que el Consulto dixo *in l. ancillas 63. ff. de leg. 2. ibi: Neque voluntate, neque verbis testatorū accommodata hæc sententia est.*

30 ¶ Quod demonstratur en quanto a las palabras, porque aunque en la clausula 71. en que nombra albaceas haze mencion de la palabra *insolidum*, la limita para la paga de las mandas y legados que dexaua dispuesto, y assi dize: *A los quales, y a cada vno de ellos in solidum doy poder cumplido en mis bienes para que dellos tomen y vendan la parte que baste, y cumplan mi testamento.*

31 ¶ Conque en esto viene a ser cada vno mero executor para lo expressamente ordenado por el testador, y puede hazerlo quanto antes sin requerir a el otro, Iacob. Butrig. *in l. nulli, num.* 3. & ibi Salicet. *quæst. 7. num. 15. C. de Episcop. & Cler.* Ioan. Andræas *in dict. cap. fin. §. sané, col. 3. vers. Hoc verum, de testam.* vbi Dominicus *num. 10. in fin.* Frāc. *num. 5. vers. Sed cum esset certa,* Speculat. *in §. nunc verò aliqua, num. 13.* Ioann. Iacob. à Canibus *de execut. vltim. volunt. § repetitis, num. 35 vers. Primo enim casu.* Gratian. *c. 201. à n. 20.* Carpi. *de executor. lib. 3. cap. 2. n. 17.*

32 ¶ Et iterum en la 73. bueluea dezir, *que dà poder a sus albaceas que dexa nombrados in solidum, para pagar lo contenido en este su testamento, e clausulas del é recebir, é cobrar en esta ciudad de Seuilla lo que se le deuiere*, adelantando tambien a este acto de cobrar la palabra *in solidum*, para que cada vno diligenciasse el recoger, juntar, y cobrar lo que se le deuia con toda breuedad.

33 ¶ Y a buen seguro, que no se valga la Casa Pia, ni sus Abogados de estas dos clausulas, pues es cierto, que en ninguna de las cosas que cōtienen,

tienen, y en que le nombra *in solidum*, que fue para la paga de los legados especiales, y cobrança de la hazienda del testador, ni interuino, ni asistiò Iuã Ansen, neque hucusque vemos aya acetado el albaceazgo.

34 ¶ En la que ponen todo el esfuerço viene a ser en la vltima, en que dexa por su heredera a su alma, donde adsunt hæc *para de lo que quedare del dicho remaniente, ruego y encargo à los albazeas q̃ dexo é nombro en esta ciudad, que si sobrare bastante cantidad de dinero, y efectos de mis bienes, que dellos instituyan vna Salue Regina, que con su musica se diga en la Capilla de nuestra Señora de la Antigua de la santa Iglesia desta ciudad de Seuilla todos los Miercoles de cada vna semana del año perpetuamente para siempre jamas, por las tardes, despues de las visperas, con el tañer de las campanas delante, y su responso despues, en fin con la misma calidad, y orden, e institucion, y condiciones, como se canta en la dicha Capilla todos los Sabados del año.*

35 ¶ *E si a caso en lo que restare de mi hazienda no huuiere bastantes efectos, lo couiertã en otra obra pia, a la disposicion de los dichos mis albaceas desta cindad, ó de qualquiera dellos.*

36 ¶ *E si a caso sobrare de la dotacion que mãdo hazer de la dicha Salue mas hazienda, los dichos mis albaceas conuiertã lo que restare por mi alma en las obras pias que les pareciere.*

37 ¶ De que infieren, que por dezir, *a la disposicion de los albaceas de esta ciudad, ó qualquiera dellos* les dexó comission in solidum para obrar de por si a cada vno, sin interuencion de los demas, *l. non distinguemus, §. cum plures, ff. de arbitr.* vbi Bart. *& in l. si pluribus à principio, ff. de legat. 2. & in l. hoc articulo, nu. 6. ff. de hæred. instit.* Bald. *in l. pluribus, num. 3. ff. mãdati.* Mantic. *de contract. lib. 7. tit. 17. n. 6.* Grat. *c. 201. à n. 12.* Barbos. *clausu. 125. à n. 6.*

38 ¶ Auiendo Iuan Ansen aplicado el remaniente a la Casa pia, vsando de la facultad q̃ el testador le dio, como tal albacea, antes que Guillen Clut, y Iaquez Chaubin, quedaron estos ex-

cluydos de poder disponer del, por la preuencion; vt in iurisdictione deducitur, *ex l. cum quædam puella, in princip. ff. de iurisdict. omn. iudic. l. si quis postea, ff de iudicijs*, plura iura congerit Farinac. *quæst. 7. nu. 52.* Azeued. *in l. 10. num. 92. tit. 13. lib. 8. Recopil.* Carlebal *de iudic. lib. 1. tit. 1. disp. 2. quæst. 7. sect. 3. nu. 899.* & in executoribus ex Bald. *cons. 473. in fin. lib. 2.* Tusch. *d. concl. 535. n. 5. lit. E.*

39 ¶ Huic enim obiectioni, multipliciter, & in nostro iudicio concludenter respondemus.

40 ¶ Tum, que las dichas palabras, *ò de qualquiera dellos*, no estan puestas en la clausula, de cuius executione agitur vt videre est, ibi: *E si a caso sobrare de la dotacion que mando hazer de la dicha Salue, mas hazienda, los dichos mis albaceas conuiertan lo que restare por mi anima en las obras pias que les pareciere.*

41 ¶ Con que hallãdose en esta especie (que se ha verificado, pues huuo hazienda bastante para la institucion de la Salue, que ya está dotada con ochenta mil reales de plata, que dierõ Guillen Clut, y Iaquez Chaubin) conferida la distribucion del remaniente en las obras pias, que a sus albaceas pareciesse por su anima, y no en qualquiera dellos, nihil dubij, el auer de concurrir todos, *dict. cap. 2. §. 1. de testam. lib. 6. l. 6. tit. 10. p. 6.* ibi: *Si muchos fueren los testamentarios en cuyo mano dexare alguno su testamento, todos deuen ser en vno para cumplirlo en aquella manera,* vbi Gregor. *glos. 1.* verbo, *todos*, ibi: *Quod omnes executores, & non vnus sine alio debeant exequi, satis probatur hic*, plures congerit Carpi. *de execut. lib. 3. c. 2. à n. 2.*

42 ¶ Y no queriendo, ó no pudiendo, ô discordando (que es la especie presente) se ha de estar a lo que dispusiere la mayor parte, *dict. l. part. in fin. l. 38. Taur.* ibi: *Y en caso que los tales comissarios discordaren, cumplasse, y executese lo que mandare la mayor parte*, vbi Ant. Gomez *num. 2.* Tello Fernand. *num. 1.* Matienç. *in l. 12. tit. 4. lib. 5. glos. 3. per tot.* & alij relati á Carp. *d. c. 2. lib. 3. n. 20.* & ita lo hecho por Iuá

Ansen,

Anſen, ſolo nullius eſt momenti.

43 ¶ Neque pili erit, el replicar, que eñ la clauſula antecedente ſe hallan, ibi: *O qualquiera dellos*, y que concurriendo la miſma razon, y aun mayor, pues viene, aun no auiendo hazienda baſtante para la dotacion de la Salue a darſeles arbitrio a cada vno de por ſi, eadem debet eſſe iuris diſpoſitio, *l. illud ad l. Aquil. l. ſi poſtulauerit, §. 2. ff. ad l. Iul. de adult. l. quidam nummularios, ff. de ædendo, l. nauta, §. fin. ff. naut. Caupon. & ſtabul. l. à Titio, ff. de verb. oblig. l. illud, C. de ſacroſ. Eccleſ. §. pari ratione, Inſt. quibus mod. ius patr. poteſt. ſolu. & §. ſi igitur, Inſtit. quod cum eo qui.* Trentacinq. *variar. lib. 1. tit. de ſtatut. reſolut. 1. num. 2. §. 1.* Surd. *conſ. 301. n. 19. & deciſ. 52. n. 10.*

44 ¶ Porque ſe reſponde. Lo vno, que las condiciones pueſtas en cierto y determinado caſo, no ſe han de eſtẽder a otros ſeparados, como lo es eſte, *ad text. in l. quæ conditio, ff. de conditio, ff. de cõdit. & demonſt. l. cohæredi 41. §. qui patrem, ff. de vulgar. l. ſub conditione 73. ff. de hæred. inſtit.* ibi: *Sub conditione hærede inſtituto, ſi ſubſtituamus, niſi eandem conditionem repetamus, purè cum hæredem ſubſtituere intelligimus.*

45 ¶ Y mas ſi ſe hallan en oraciones perfectas, como lo ſon las de eſte teſtamento, ſic ex Bart. *in l. in repetendis, num. 3. ff. de leg. 3.* Socin. Iun. *conſ. 128. num. 98.* Roland. *conſ. 38. á num. 56. volu. 4.* Pariſ. *conſ. 38. lib. 2.* Menoch. *conſ. 151. num. 43. volum. 2.* ibi: *Quod quando præcedens, vel ſequens clauſula habet ſuam claram, & ſpecificam determinationem de per ſe, tunc clauſula, vel ſequens, vel præcedens nõ refertur ad illam.*

46 ¶ Riminald. *conſ. 112. num. 157. vol. 2.* ibi: *Quando grauamen apponitur in diuerſa oratione, nõ cenſetur repetita in prima, etiam ſtante dictione, item.* Peregrin. *de fideicomm. art. 16. num. 8. & 45. idem conſ. 57. â num. 11. lib. 5.* Surd. *conſ. 164. num. 7.* Caſanat. *conſ. 38. n. 103.*

47 ¶ Lo otro, y q̃ mira a la volũtad, porq̃ aunque ſe huuieſſen de repetir (quod abſit) lo que

por

por ellas nostro videri quiso dezir Nicolas Sebastian Sen, ibi: *Lo conuiertan en otra obra pia a la disposition de mis albaceas, ò de qualquiera dellos*, fue, que si al tiempo que se llegasse a poner en execucion esta obra pia del residuo (que era la vltima) como para llegar a el fin, considerò q̃ auian de passar años en cobrar sus efectos, y ajustar las cuentas que se auian de hazer con muchas personas, y en diferentes partes fuera destos Reynos, en cuyo transcurso pudierã faltar algunos de sus albaceas, ó no pudiendo assistir, ó no queriendo (como se ha visto en Iuan Ansen) ó muriendo (como sucedio en Enrique Gouarchen) los que a la sazon se conseruassen, estos todos la fundaran a su disposicion, y si quedara solo vno, lo pudiera hazer tambien.

48 ¶ Hoc est suo ordine, *argum. l. ex facto, §. item quæro, ff. de vulgari*, ibi: *Et magis est in vtroque eorum tempus suum separatim seruari, l. æquissimum, §. in primis, ff. de bonor. possess. secund. tab.* ibi: *Neque sibi iungetur, cum ad suam quisque causam substitutus sit, l. mixtura, ff. de vsucap.* ibi: *Singulæ res suam causam habebunt, l. itẽ veniunt, §. Prætor, ff. de petit. hæred.* ibi: *Aptanda est igitur singulis verbis Senatusconsulti congruens interpretatio.* Surd. 431. *num.* 62. *volum.* 3. Crauet. *cons.* 870. *num.* 8. *lib.* 5.

49 ¶ Y por la contingencia del accidẽte de los tiẽpos, illa pluralitas, *mis albaceas*, se auia de conuertir en singularidad, si quedasse solo vno tempore ad implementi, aunque no huuiesse dicho el testador, *o qualquiera dellos, l. falsa demonstratio 33. § fin. de cond. & demonstrat* ibi: *Quid ergo si quis ita scripserit Stibum, & Pamphilum, Titio do, lego, si mei erũt, cum moriar, & vnum ex his alienauerit, an vel alter possit à legatario vindicari? Placet, vindicari, nam hunc sermonem, licet pluralis sit, pro eo oportet accipi, atque si separatim dixisset Stichum si meus erit cum moriar.* Alex. *in l. si duobus, in princ. de leg.* 1. *n.* 1.

50 ¶ Tenet Menoch *cons.* 115. *n.* 8. Ruin. *cons.* 120. *num.* 9. & 168. *num.* 8. *vol.* 2. D. Castill. *lib.* 6. *cap.* 121. *num.* 23. Vincent. Fusar. *de substit. q.* 320. *num.*

num. 65. ibi: *Si verò dispositio collata esset in futurũ euentum, ita vt incertum sit, an illo temporo vnus, vel plures filij extituri sint, tunc procedat secunda opinio, quod & numerus pluralis in vno possit filio verificari.*

51 ¶ Ayuda a esta inteligencia, el ver q̃ en los casos en que el testador quiso tuuiera facultad cada vno de los albaceas de por si, concurriendo actualmente con los demas en el exercicio (q̃ fueron para la paga de sus deudas, y legados especiales, y cobrança de su hazienda) vsó de la palabra, *insolidum*, vt supra diximus.

52 ¶ Verum, quando llegó a darles facultad para executar vn acto tal como el de distribuyr el residuo de su hazienda, en que se requeria la premeditacion, acuerdo, y atēcion de todos, no puso la palabra, *in solidum*, sino que vna vez dixo, *a dispasicion de mis albaceas, ó qualquiera de ellos*, y en la otra, y principal no añadiò la calidad de *qualquiera.*

53 ¶ Con q̃ parece demōstraciō cierta de que su intencion fue, que los albaceas tunc temporis remanentes dispusiessen del resto de su hazienda, y no vno solo, si huuiesse mas, & ex antecedentibus, & subsequentibus cognoscitur voluntas, *l. qui filiabus. ff. de legat. 1. l. vxori, §. fin.* vbi Bart. *ff. de leg. 3 ll. si seruus plurium, §. fin. ff. de legat. 1.* Casanate *cons. 47. num. 33. & 65. & cons. 17. num. 25. & 26. & cons. 52. num. 21.* Dom. Castillo *controuers. lib. 4. cap. 9. num. 61.*

54 ¶ Tum, porque el animo del fundador en conferirla la execucion en la disposiciō de los albaceas que quedassen, no fue otro, que premiar el trabajo que huuiessen tenido en el cumplimiento de su funeral, Missas, legados, ocupacion en las cuentas, cobranças, y pleytos que se ofreciessen hasta apurar el residuo de su hazienda, y en este fue en el que se les dio facultad para que dispusiessen en las obras pias que les pareciesse.

55 ¶ Y aunque se han de tener y juzgar por de fundacion de Nicolas Sebastian Sen, testa-

dor, adhuc no puede negarse, que en el acto mismo de eligir exercen liberalidad, y les es de honor y autoridad a los albaceas, *l. vnum ex familia, §. si de falcidia, ff. de legat. 2.* ibi: *Non enim facultas necessariæ electionis propriæ liberalitatis beneficium est?* Ioann. de Imol. *in 1. notabil. l. vtrum, §. cum quidam, ff. de reb. dub. l. 1. §. sciendum, vbi glos. ff. de legat. 3.* D. Molin. *de primog. lib. 2. cap. 4. à num. 11. vbi num. 12. inquit. Sed respectu ipsius actus eligendi, quatenus eligens præfert electum alijs clarissimum est, quod exercet liberalitatem, seu verius hoc respectu, ipse eligens totum confert.* D. Castillo *lib. 5. cap. 87. num. 25. in fin* ibi: *Quamuis ius eligendi competat primo nominato ad vtilitatem alterius, competit etiam ad vtilitatem eiusdem nominantis, qui nominando maximũ commodum honorem, & vtilitatem consequitur, & in electione liberalitatem exercet, beneficiumque in nominatum cõfert, dum eum alijs prætulit.*

56 ¶ Y de que fuesse esta la voluntad, clarè patet, por la clausula de nombramiento de albaceas que dexaua hecho, donde despues de auerlos mencionado, llegando a nombrar a Iuan Ansen, dize: *Que por quanto al presente, si estuuiere impedido de la enfermedad que tiene vsen del albaceazgo los demas, y por razon de su trabajo les mando a cada vno de los dichos albaceas que acudieren al dicho mi albaceazgo 2000. reales de plata doble.*

57 ¶ Ecce, como para que huuiessen de conseguir algun vtil desta hazienda los albaceas, quiso que precisamente huuiessen deuengadolo, ibi: *Por razõ de su trabajo, y que acudiessen al albaceazgo:* y no puede auer glosa mas eficaz para la interpretacion de la mente del testador, que la que el mismo dio en semejante caso, Bald. *cons.* 407. *num. fin. lib.* 1. Paris. *cons.* 91. *n.* 27. Decian. *cons.* 7. *n.* 65. Beroius 120 *n* 12. Cephal. 664. *n.* 46. Curt. Sen. 29. *n.* 3. Casanate *cons.* 15. *n.* 7. & 33. *n.* 32.

58 ¶ Aliàs enim, si tuuiera lugar la eleccion que Iuan Ansen hizo en fauor de la Casa Pia se siguiera. Lo vno, que sin auer aceptado el albaceazgo, ni obrado cosa alguna en el, lleuara vtil

en contrauencion de la voluntad del difunto. Y lo otro, que resultara en perjuyzio de los que cótinuamente en el transcurso de quatro años han trabajado (vt toties diximus) quod absurdum esset, & debet vitari, *l. nam absurdum, ff. de bon. libert. l. 1. §. Vnde quaritur, ff. de public. in rem act. l. obseruare, §. fin. ff. de offic. Procons. l. saluius Arist. 5. ff. de leg. præst. c. quemadmodum de iur. iur. cap. cum inter, de except. cap. dudum, de præbend. lib. 6.* Alvar. Valasc. *consult.* 174. *nu.* 11. Tusch. *lit. A. concl.* 166. D. Castill. *controu. lib. 5 c. 166. n. 6.*

59 ¶ Siendo assi, que la interpretacion de las palabras, ó voluntad, se ha y deue hazer de manera que parezca prudente y cuerda, *l. Lutius la 2. ff. de hæred. instit.* illic: *Nam prudens testantis consilium animaduertit,* Craueta *cons. 656. num. 12. lib. 4.* Mantic. *de coniect. lib. 6. tit. 14. num. 4.* & ita vt à sapientibus non possit reprehendi, *l. Saluius Aristo 6. ff. de leg. præst.*

60 ¶ Tum, porque no se ha de estar a la corteza y sonido de las palabras, sino a el animo, y mente del autor dellas, *cap. in his, de verb. sign.* ibi: *Cum non intentio verbis, sed verba intentioni debeant deseruire, l. 3. § conditio, ff. de adim. legat.* ibi: *Melius est sensum magis, quam verba amplecti, l. ex facto, ff. de hæred. instit.* ibi: *Verborum interpretatio nunquam tantum valeat, vt melior sensu existat.*

61 ¶ Y pues està reconocida la intenció deliberada, clara, & absque difficultate a fauor de de los albaceas que mereciessen el premio, acudiẽdo al *albaceazgo, y trabajando,* por sola vna palabra, ibi: *O qualquiera dellos* que se halla en vna parte y clausula tãtum modò, no se deue creer auia de ponerla, para que siruiesse de destrucció de dicha voluntad, *ad text. in l. si quando, C. de inoffic. testam.* ibi: *Neque enim credendum est huiusmodi, verbo totam obseruationem multis vigiliis excogitatam, atque inuentam euertere velle, cap. Ecclesia vestra 57. de elect.* Paulus Leon *cõs. 27. num. 28. volum. 2. vltim. volunt.* ibi: *Nefas esse propter vnum verbulum euertere, & profundare totam dispositionem.*

nem. D. Ioann. Franc. del Castill. *decis. Siciliæ* 153. *tom.* 2. *n.* 43. ibi: *Ridiculum esse per vnum verbum velle eludere ordinationem tanto audio factam.* Surd. *decis.* 210 *n.* 11. Casanate *cons.* 15. *n.* 42.

62 ¶ Præsertim quando es muy ordinario en los escriuanos poner razones superfluas, y que no entienden, vt inquit Troil. Maluens. *cons.* 24. *num.* 11. Sforcia *cons.* 65. *num.* 18. ibi: *In verbis testamenti, & ponderatione illorum, non posse fieri magnum capitale, quia verba Notariorum nõ ponuntur ad liberam, sed sæpe superfluo includuntur.* D. Franc. del Castill. *d. decis.* 153. *num.* 42. ibi: *Menti est in hæredum, quod de verbis non curandum, nam sæpe contingit, quod Notarij verba ab ipsis non intellecta apponunt ex eorum iniuria.*

63 ¶ Tum, porque licet estuuiessemos en terminos de que dichas palabras, *mis albaceas, ô qualquiera dellos* padeciessen alguna duda en la inteligencia, tunc la explicacion ha de resultar en fauor de estas partes, y contra la Casa pia, que se vale dellas, *l. veteribus*, vbi Bart. *ff. de pact. l. Labeo, ff. de contrah. empt. l. quidquid adstringendæ, de verb. oblig.* optima *l.* 2. *tit.* 33. *p.* 7. Menoch. ex multis *cons.* 110. *nu.* 36. & *cons.* 179. *num.* 19. Surd. *decis.* 322. *num.* 63. August. Barbos. *in l. si quis intentione ambigua* 81. *ff. de iudic.* Mar. Antonin. *variar. lib.* 2. *resol.* 23. *n.* 19.

64 ¶ Y mas en la sujeta materia de albaceas, que no se presume in dubio serlo in solidum sic. Philip. Franc *in dict. cap. fin.* §. *sané, num.* 5. Ricc. *collect.* 764. *part.* 4. *num.* 1. Carpi. *dict. lib.* 3. *cap.* 2. *nu.* 7. illic: *Superioribus tamen est addendũ, quod potestas executorum in dubio non præsumitur in solidum, data, & ideò omnes concurrere debent.*

65 ¶. Lo octauo, & quod totum facit cõsistere, en que quando la dicha palabra, *o qualquiera de ellas* obrara lo mismo, quod *in solidum*, y Iuan Ansen fuera albacea, que es quanto la Casa pia, y sus Abogados pueden considerar en su fauor, adhuc, no pudo por si solo el susodicho, sin raquerir a los demas albaceas hazer la asignacion del remaniente destos bienes en perjuyzio del derecho

de

de Guillen Clut, y Iaquez Chaubin.

66 ¶ Porque aliud est executar lo que especialmente, y señaladamente queda dispuesto por el testador, ò en pagas de legados, ò otra cosa semejante. Y entonces qualquiera por juzgarse mero executor de aquella voluntad, lo puede hazer sin requerir al otro con albacea, diximus sup. *num.* 31.

67 ¶ Aliud verò, si lo que se ha de resoluer, disponer, y ordenar, fuere incierto, y dependiente del arbitrio, juyzio, y voluntad de los albaceas: tunc enim licet lo sean insolidum, por ser negocio que toca a el juyzio, arbitrio, y sentir de todos, deuen juntarse para conferirlo, y resoluerlo, *l. quod omnes, ff. de reg. iur.* deducitur *ex dict. cap. fin.* §. *sanè de testam. lib.* 6. Ioan. Iacob. á Canibus *de execut.* §. *repetitis, n.* 26 in hæc verba:

68 ¶ *Ego quidem hortor, vt ipse collegas, si quos habet addeat, aut ad se vocet, aut ad aliquem honestũ locum faciat conuocari, vt propositis, quæ sunt agenda in medium consulant, atque deliberent, exequanturvè, quia quod omnes tangit, debet ab omnibus comprobari,* Carp. prefata verba transcribit, *lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 4. supponit *l.* 38. *Taur.* ibi *Quando el testador dexare dos, ò mas Commissarios, si alguno, ó algunos dellos requeridos no quisieren.* Por manera, que para auer de priuar de el albaceazgo, dispone la ley que se requiera, ibi: *Requeridos, l.* 6 *tit.* 10. *part.* 6. ibi: *Pero si acaesciere que todos no quieren, ò no pueden,* que los supone juntos, ò citados.

69 ¶ Y auiendo precedido esta diligencia si estuuieren discordes, se aurà de obseruar lo que la mayor parte acordare, *dict. cap. fin.* §. *sanè de testam. dict. l.* 6. *tit.* 10. *part.* 6. & *dict. l.* 38. *Taur.* Carpio ex pluribus *lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 9. Y si fueren iguales en numero, se ocurrirà a el Iuez a quien tocare, *supr. num.* 12.

70 ¶ Tùm denique, & vt non immoremus, en terminos resoluiendo en fauor destas partes el caso presente, docent Bald. in *l. consilio* 7. §.

quæsitum, ff. de curat. furiosi num. 3. ibi: *Sed pone, quod testator reliquit plures executores insolidum, nūquid vnus poterat exequi altero prohibente? Iste textus in fine videtur dicere quod non, & videtur hoc verum quando sunt executores INCERTORVM: sed quando sunt constituti super certo, videtur secus: quia ista executio est merum factum, quod potest á quolibet explicari: vbi ergó non concordant, & vnus alium impedit, recurritur ad Episcopum.*

71 ¶ Philip. Franch. *in dict. cap. fin. §. sanè de testam. in 6. num.* 5. ibi: *Quando verò essent dati in solidum, & tunc quilibet potest exequi, quod intelligit Bald. in dict. l. consilio quando executio esset super certis, vel etiam super incertis, dummodo alter non prohibeat, seu contradicat. aliàs verò si alter contradicat, & executio est facienda super incertis, Episcopus est diffinitor discordiæ.*

72 ¶ Ioann. Iacob. á Canibus *dict. tract. de execut. §. repetitis,* ibi: *Quod autem testator legauit res certas personis certis, aut arbitrio commissariorum aliquid distribui voluit, vel iussit Hospitalem, vel domum Religiosam construi. Primo enim casu, factum ab vno tantum etiam non vocatis Collegis effectum sortietur. Secundo casu vnus nequit expedire sine alijs adinstar iudicum, vel eligentium. Tertio verò casu similiter omnes debent requiri, sed si discordent, vel negligant, aut suspecti sint, Episcopus se interponet, &c.*

73 ¶ Autoridades ajustadas a todo derecho, buena razon, y discurso, que dexan el negocio sin linage de duda.

74 ¶ Neque etiam obstant iura, de quibus supra *num.* 38. en que se pretende apoyar, que por auer preuenido Iuan Ansen con la escritura de su adjudicacion en fauor de la casa pia, se le acreciò todo el derecho de albaceazgo en perjuyzio de Guillen Clud, y Iaques Chaubin.

75 ¶ Lo vno, porque hablan aquellas autoridades en jurisdicciones ordinarias, preuenidas legitimamente, y que no se compadece despues el conocimiento, ni puede subsistir en dos, quod est omnino diuersum en albaceas, donde se confirió el arbitrio de cosa incierta en ellos, ex

congestis supra *á num.*67. hucusque en cuya especie no hemos visto texto, ni Doctor alguno contrario, antes si en nuestro fauor los que se refieren *á num.*66. y mas con las circunstancias dichas, supra *à num.*25. cum seqq.

76 ¶ Fuera de que no es possible ajustar que por que muchos albaceas insolidum puedan concurrir en el obrar para la execucion de vn acto incierto, en que son todos interessados, el vno de su autoridad, y sin dar noticia vnos a tros, tenga facultad de anticiparse a dezir su sentir, ò hazer eleccion, y nombramiēto, y que se aya de executar, y por este medio los demas compañeros q̄ estan promptos a juntarse, conferir, y resoluer, queden priuados de su derecho.

77 ¶ Quod irrationabile foret, siquidē aun para excluyr a alguna de los nombrados de el derecho de albaceazgo, presertim quando del se sigue algun vtil, indiget citatione, & requisitione, *Auth. hoc amplius, C. de fideicomm. Auth. de hæred. & falcid. §. si quis autem non implens, & §. in omnibus, l.* 8 *tit.*10. *part.*6. Matienço *in l.*12. *tit.*4 *lib.*5. *Recopil. glos.*1. *num.*3. *& in l.*14. *dict. tit.*4. *glos.* 1. *nu.* 53. *in fin.*

78 ¶ Lo otro, & quod magis est, que aū en terminos de preuencion de juridicion, no se atiende a la anticipada diligencia del Iuez, ò parte si se reconoce y presume que se haze con animo, y fin de defraudar la del otro, ad text. in *l. tria onera, ff. de excusat. tut.* Bald. *in l. si seruus plurium, §. si quis ante de leg.* 1. vbi Iason. *num.*5. Guid. Pap. *cons.* 153. *num.*5. Boci. *in prax. tit. de for. compet. nu.* 80. Tiber. Decian. *tract. crim. lib.*4. *cap.* 20. *num.* 24. Farinac. *quæst. in prax. crim. quæst* 7. *num.*64. Petrus Barbos. *in l. si quis posteaquam, n.*88. *ff. de iudic.*

79 ¶ Y de que Iuan Ansen procediesse con fraude, y solo a fin de prejudicar a Guillen Clut, y Iaquez Chaubin en el derecho que tenian de disponer deste remaniente, quando consta que sin auer acetado el ministerio, ni entrometidose

en

en alguna cosa del en quatro años continuos que han estado trabajando los dos despues de tan largo tiempo, aun sin saber qual, ni quanto venia a ser este residuo, aplicarlo sin interuencion de los otros a la casa pia, plusquam manifestum est, & videant integerrimi Iudices.

80 ¶ Y lo tercero, porque la oposicion, y argumento contrario, cerca del derecho de preuēcion, antes se retuerce en fauor destas partes, respeto de que en tiempo habil, y luego que muriò el testador, que es desde quando corre el termino de acetar, *l. nulli, C. de Episcoo & Cler. l. 6. tit. 10. p. 6.* ubi Gregor. *glos.* 3. Matienç. *in l.* 14. *tit.* 4. *lib.* 5 *gl.* 1. *num.* 50. Spino *de testam. glos.* 28. *num.* 14. Carp. ex multis *lib.* 3 *cap.* 1. *à num.* 4. lo hizieron, y han continuado sin que el dicho Iuan Ansen entonces por su enfermedad, ni despues por no auer querido les asistiesse.

81 ¶ Con que vinieron a ser Comissarios, y executores absolutos Guillen Clut, y Iaquez Chaubin, sicuti ex dict. *l. 6. part. & l. 38. Taur.* Matienço *in l.* 12. *tit.* 4. *lib.* 5. *glos.* 1. *á num.* 1. Gutierrez *alleg.* 1 *num.* 21. Carp. *lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 9. & alijs supra diximus. *n* 27. & 28.

82 ¶ Sin que obste el dezir que esto procederá en las demas cosas del albaceazgo en que han exercido, no empero en la disposicion del remaniente en que no auian començado, porq̄ fuera oposicion sin fundamento juridico, y contra la voluntad del mismo testador.

83 ¶ Contra el derecho, porque confessandose, como es cierto, y en que no ay duda, que Guillen Clut, y Iaquez Chaubin, han sido y son albaceas testamentarios por voluntad de Nicolas Sebastian Sen, no es compatible que a vn proprio tiempo los juzguemos por tales, y en el mismo para obrar acto concerniēte a el proprio albaceazgo, y el principal del no le tocan, quod ridiculum esset, & ius non patitur.

L. 1.

84 ¶ L.1.§.1.C.de Latin.lib toll.ibi: *Quis enim patiatur talem esse libertatem, ex qua ipso tẽpore mortis in eandem personam, simul, & libertas, & seruitus concurrant, l.si pater, in fin.ff.de lib.caus.l.eum qui ædes 23.in fin.ff.de vsucapion.*ibi: *Nec enim recipi potest, vt eadẽ res, & vt res soli, & tanquam mobilis sit ipsa, l.Titiæ 99. de cõdit. & dem.*ibi. *Rediculum est enim eandem, & vt viduam & vt nuptam admitti, l.1.ff.de rer.perm.* ibi: *Neque ratio patitur, vt vna eadem res veneat, & partium sit emptionis, cap.cognouimus 12.q.2.cap.quia circa, de priuileg. c. cum tua, de decim.* Paul.de Castr.*cons.307.vol.2.* Sesse *decis.*4.*n.*16.Gratian.*c.*940.*nu.*8. D. Castill.*lib.*5.*c.*97.*â n.*29.

85 ¶ Contra la voluntad, porque está clara, de que quien ha de disponer del remaniente de sus bienes han de ser los albaceas que huuieren trabajado en el albaceazgo, vt supra diximus à n. 54.cum seqq.

86 ¶ Et voluntas debet esse vniformis, & non diuisa, *l.eum qui §.pro parte, in fin.ff.de his quib. vt ind.*ibi: *Neque enim rationem iuris, ac possessionis, varietatem inducere diuisionem voluntatis.* Fusar.*q.*403.*n.* Stephan. Feder.*de qualit.contract.c.*14.*n* 22. D.Castill.*c.*181.*n.*10.

87 ¶ Segun lo qual, no es posible estar comprehendido el dicho Iuan Ansen, asi por no auer acetado, ni exercido dicho albaceazgo, sin cuya circunstancia no deue lleuar vtil alguno, porq̃ fuera cõtra derecho, *l.Nesennius, ff.de execution tutor. l.si quis sepulcrum, ff. de relig. & sumpt.funer.* §. *Funus,* ibi: *Funus autem cum facere oportet, quem decedens elegit, sed si non ille fecit, nullam esse huius rei pœnam, nisi aliquid pro hoc emolumentum ei, relictum est: tunc enim si non paruit voluntati repellitur, l.fin.tit.6.num.6.* Spino de *testament.gl.*38.*n.*41.

88 ¶ Como porq̃ prefirió a estas partes en el afecto, pues los puso en primero lugar en el nõbramiẽto de albaceas, y Iuã Ansen fue el vltimo, & ex ordine literæ cognoscitur affectio, *l. quoties, ff.de vsuf.l.generaliter, §.quid ergo, de fideic.lib.l.cũ pater,*

§.peto,ff.de leg. 2.D.Molin.*lib.* 2.*c.* 11.*n.* 36. D. Valenç. *conſ.* 201.*n.* 20.

89 ¶ Vltimamente ſe dirá, que tampoco Guillen Clut, y Iaquez Chaubin citaron a Iuã Anſen para hazer la adjudicacion en fauor de la Caſa del Eſpiritu Santo, y aſsi vendrà a padecer la propria nulidad por eſte defecto que la de la Caſa pia, ex congeſtis ſupra à num. 67. Porque ſe reſponde.

90 ¶ Lo vno, que no neceſsitaron de hazerlo, por auerſe abſtenido deſde ſu principio Iuã Anſen, y quedado albaceas in ſolidum eſtos dos, ex d.ſup.n.27.& 80.

91 ¶ Y lo otro, porque haziendo mayor parte Guillen Clut, y Iaquez Chaubin, por ſer dos, que en todo tiempo ha de preualecer ſu juyzio, y ſentir, no deuieron requerirle, vt in caſu ex *cap.* 3. *de iur. patr.* Lambertino *eod. tract. lib.* 2. *p.* 2. *q. princip.* 2. *art.* 8. *num.* 11. & alijs, Carp. *d. lib.* 3. *c.* 2. *à n.* 22. *cum ſeqq.* videndus.

92 ¶ Et denique, y lo q̃ cócluye, porq̃ ſiendo actor la Capilla y Caſa pia de ſan Andres, que funda ſu derecho en la eſcritura y nombramiento que otorgó, e hizo Iuan Anſen, conſtando de la nulidad della, por tantas razones y fundamẽtos como los referidos, baſtales a Guillẽ Clut, y Iaquez Chaubin el ſer reos, ſin otra defenſa para vencer, *l. extat* 25. *ff. de iur fiſc. l. fin. C. de re. vindiic. l. qui accuſare, C. de ædend. l. actor* 23. *C. de probat. cap. fin. §. ſane de iur. iur. l.* 1. *tit.* 14. *part.* 3. & paſsim Doctores.

(❋) TERCERO PVNTO. (❋)

93 ¶ La Caſa pia puſo eſta demanda a Guillen Clut, y Iaquez Chaubin, como albaceas de Nicolas Sebaſtian Sen, por juzgarlos tanquã hæredes illius, como es cierto, quando el alma eſtà inſtituida, *l. nulli,* & ibi Bart. *C. de Epiſcop. & Cler.* Canon. *in cap. cum tibi de teſtam.* Menoch. *de adipiſc.*

rem.

*rem.4.num.*268.Gratian.*cap.*329.*num.* 26. Aluar. Valasc.*consultat.*68.*per tot.* D.Couarruv. *in dict.cap. cum tibi,num.* 10. Aluarad *de coniect. lib.2.cap.1.§.2. n.*31.Spin.*de testam.gl.*28.*n.*28. Azeued. *in l.6. tit.* 4.*lib.*5.*Recop.n.1.*

94 ¶ Quod etiam in patronis tenet ex Parlad.*lib.2.cap.fin.3.part.§.3.n.*8. Anton.Acacio Ripoll.*c.1.Var.tit.de iurisdict.n.*502. Giurb. *ad statut.Mesan.c.2.gl.*10.*c.1.n.*19.& alijs D. D. Ioseph Vela *dissert.*8.*n.*2.

95 ¶ Verum, tambien lo es, que auiendo hecho su inuentario, ajustado sus cuentas, y remaniente, y delaplicado a la Casa del Espiritu Sãto los cinco mil pesos de plata que con efeto se le entregaron, como se confiessa en la escritura publica presentada, y lo concluyen los testigos examinados, nihil dubij el auer quedado libres los albaceas de lo que de contrario se les pide, sin poderles inquietar con el pleyto que se les ha mouido.

96 ¶ Vt aperté decidit text.*in l fin.* §. *etsi præfatam, C. de iur. de liber.* que no solo habla en acreedores contra la herécia, pero en legatarios, como lo viene a ser cada vna de las partes, que pretende este residuo, ibi: *Sed si legatarij inter ea venerint, eis satisfatiat ex hæreditate defuncti, vel ex ipsis rebus, vel ex earum forsitan venditione. Sin verò creditores, qui post emẽsum patrimonium, nec dum completi sunt, superueniant, neque ipsum hæredem inquietare concedantur.* Et infr. ibi: *Contra ipsum tamen hæredem (secundum quod sæpius dictũ est) qui quantitatem rerum hæreditariarum expendit, nulla actio extendatur.*

97 ¶ Y solo quedarà recurso contra el q̃ cobró primero de la herencia, para que con el se ventile la justificacion de su titulo, entrego, ó paga que se le huuiere hecho, *d.§.etsi præfatam, §.licentia,* ibi: *Licentia creditoribus non deneganda aduersus legatarios venire, vel hipothecis, vel indebiti conditione, vti,* & iterũ cócludit tex illic. *Cum satis anterioribus creditoribus à nobis prouissum est, vel ad posteriores, creditores, vel ad legatarios peruenientibus, & suum ius per sequentibus.*

Tenent

98 ¶ Tenet etiam Alex. *in d.§.etsi præfatam*, qui sic sumat text. *Hæres, qui solemniter confecit inuentariũ satisfacere potest creditoribus, & legatarijs, qui prius venerint: licet alijs posteriores in tempore fuerint: reseruantur tamen posterioribus creditoribus iura sua: & opportunis remedijs contra legatarios, quibus prius satisfactũ est agere possunt, & contra posteriores creditores: sed contra ipsum hæredem regressus non datur.*

99 ¶ Baldus *in princ.d.§.etsi præfatam*, ibi: *Hæres, qui inuentarium confecit, hæreditatem sine periculo addit, quod creditores; & illis satisfaciendo, qui prius veniunt, posterioribus non tenetur in iudicio respondere; cũ nihil de hæreditate apud eum remansit, sed agant inter se creditores contra legatarios, & creditores priores contra posteriores.* Bart. *ibidem, n.* 1. Salicet. *n.* 16. Alber. *n.* 1. Ias. *n.* 2. supponit Surd. *decis.* 30. *per tot. &* 318. *n.* 3. Parlador. *lib.* 2. *c.fin.p.* 4. §. 1. *n.* 10. D. Franc. Hierony. de Leon *decis.* 185. *n.* 2.

100 ¶ Sin que obste dezir, que estas partes como tales albaceas entregaron maliciosamẽte este residuo en perjuyzio de la Casa pia, cõ quiẽ auian tratado antes de hazer escritura, y aplicarlo para casamiento de donzellas, & cum dolo desinerent possidere tenentur, *l. qui petitorio, ff. de rei vindic. l. dolo, ff. ad l. falc. glos. in d. §. & si præfatam*, verbo, *satifaciant, alioquin tenentur alijs, quasi dolo desierint possidere.*

101 ¶ Porque el auer tratado, y conferido, si seria vtil, ó no, arbitrar en esta obra pia de casamiento de donzellas, no auiendo perficionado contrato, ni hecho nombramiento, ni elecciõ, no les constituyò en obligacion alguna, *l.* 1. *C. de sponsalib. l. nuda* 16. *ff. de donat.* vbi Bart. *n.* 1. Paul. Castr. *n.* 1. Alexand. *cons.* 77. *n.* 4. Ant. Gomez *tom.* 2. *var. c.* 1. *tit. de person. quæ contrah. n. fin.* Alex. Ludouic. *decis.* 28. *n.* 5. Thesaur. *decis.* 223. *n.* 5. D. Molin. *lib.* 1. *c.* 4. *n.* 6. ibi. *Neque etiam sufficiens esset, aliquid esse in intentione, nisi id etiam sit in dispositione.*

102 ¶ Y assi pudieron obrar libremente sobre la facultad de eligir que teniã en fauor de

la

la obra pia que les parecieſſe a ſu voluntad, y diſpoſicion, ſegun la que les auia dado el teſtador, ſin que ſe pueda conſiderar dolo eo ipſo que vſaron de ſu derecho, *l. quod Reipublicæ, & l. quod iniuriarũ, ff. de iniur.* Socin. ſen. *conſ.* 31. *nu. fin.* Surd. *conſ.* 10. *num.* 44. ibi: *Et non poteſt conſiderari fraus, quando hæres ex permiſſu expreſſo teſtatoris alienat.* idem *deciſ.* 30 *n.* 36. ibi: *Et fraudem non facit, qui iure ſuo vtitur, & quod fit lege permittente non habet doli, vel fraudis ſuſpitionem, l. Grachus. C. de adult.* & non dicitur factum in fraudem, quod ſine fraude fieri poteſt, & probatur in *l.* 1. *C. de delat. lib.* 10. vbi *non dicitur dolo facere, qui clam facit, quod apertè ei facere licuiſſet.*

103 ¶ Fontanel. *clauſ.* 4 *gloſ.* 26. *num.* 8. ibi: *Nec in hoc eſt inſpiciendum, an in fraudem, & dolum fiat alienatio, an illo modo, quia fraus & dolus non poſſunt conſiderari ex facultate ſibi reſeruata, & conceſſa. Is namque ſolus damnum facere dicitur, qui facit id, quod ſibi non eſt permiſſum, l. nemo damnum, ff. de reg. iur.*

104 ¶ Y ſolo pudieran conſtituyrſe en preſuncion de dolo, ſi la caſa pia les huuiera pueſto demanda en virtud del nombramiento de Iuan Anſen, antes que ellos huuieran elegido, y hecho la eſcritura con la caſa del Eſpiritu Santo, y entregadoles dichos cinco mil peſos ſin fianças, expreſſa eſt *l. dolo* 41. *ff. ad l. falcid.* ibi: *Dolo carere non videtur, ſi iam mota quis controuerſia hæreditatis legata ſine cautionibus det.*

105 ¶ Lo qual no ſolo ſe verifica, antes de las cuẽtas fechas lo cõtrario. Y ademas ſe deſcubre, q̃ el dolo eſtuuo de parte de Iuan Anſen, que quando tuuo noticia que Guillen Clut, y Iaquez Chaubin auian ajuſtado eſta materia, y dado forma a el aſiento mientras llegaua la aprouacion del Prouincial de los Clerigos menores, hizo el nombramiento en la dicha caſa pia.

106 ¶ De que reſulta, que pues han procedido en todo con tanta rectitud, puntualidad, y ajuſtamiento aqueſtas partes, y en ſu poder no han dexado coſa alguna de la hazienda de Nico-

las Sebastian Sen, y en execucion de su voluntad arbitraron ser obra pia mas meritoria la que eligieron, y que assi lo entendieron, lo qual es bastãte para librarlos, glos. *in dict.* §. *& si præfatam*, verbo, *satisfaciant*, C. *de iur. deliber.* ibi: *Si putant eis legata deberi*, & in fortiori casu Thom. Sanchez *lib.* 4. *consil. moral. cap.* 2. *dub.* 18. *in princ.*

107 ¶ Contuuiera dureza grande condenarlos, como de contrario se pretende, quando merecian auentajado premio, por lo que en esto se han ocupado, *dict.* §. *& si præfatam*, ibi: *Et nihil ex sua substantia penitus hæredes amittant: nedum lucrum facere sperant, in damnum incidant*, & ibi Doctores.

108 ¶ Y mas sin llegar a hazer juyzio cõ la casa del Espiritu Santo, que si fuera citada, y la llegaran a oyr, corria su defensa con total seguridad, pues assiste en su fauor la disposicion de los dos que han sido albaceas, assi por el mayor numero, como por auer obrado como tales, ex iuribus supra aelatis.

109 ¶ El ser la aplicació para la construcion y fabrica desta Iglesia, que es obra pia, Tiraquel l. *de priuil. piæ caus. præuileg.* 115. *in princ.* Gratian. *cap.* 358. *num.* 34. y con preuilegio de poder compeler a los dueños de possessiones circunuezinos a que las vendan contra su voluntad para este efecto, limitacion de la *l. neque emere*, C. *de iur. deliber. ad text. in l. si quis sepulchrum, in princip. ff. de Relig. & sumpt. fun.* Iason. *in dict. l. neque emere. num.* 2. Cuiac. *lib.* 3. *obseruat. cap.* 22. Padilla *in l. altius, nu.* 21. C. *de seruit.* Guzman *de euict. quæst.* 52. *á num.* 19. Dom. Couarr. *variar. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 7. *&* 8. D. Valenç. Velazq. *cons.* 18. *num.* 11. ex multis Hermosilla *in l.* 3. *tit.* 5. *p.* 5. *gl.* 1. *n.* 32.

110 ¶ La disposicion contraria lleuar embuelto en si algun genero de interes proprio, pues fue a fauor de la casa pia de las Naciones Flamenca y alemana, de que lo son los albaceas que por la perpetuydad del patronato pueden los hijos, ò descendientes destos pedir la renta para sus

dotes,

dotes, & tunc iudicantur suspecti, veluti in quasi simili casu, notat ex Ang. Decio, & alijs, Tiraq. *de retract. lignag. §. 1. glos. 14. num. 91.* Et ibi: *Deinde, quid eius quod ammodo interst, vt res maneat in sua ipsius familia, ob spem fortè succedendi in futurum.*

111 ¶ Y repugnar tambien la voluntad de Nicolas Sebastian Sen, que acordandose de la obra pia de dichas Naciones, le dexó vn legado especial de 200. ducados, con que fue visto no quererla comprehender en el posterior general de el remaniente de su hazienda, argument. *leg. cohæredi, §. qui patrem, ff. de vulg. l. alimenta, §. Basilica, & l. Stichus, ff. de alim. & ciu. leg. l. 3. tit. 10. part. 6.* que es expressa, vbi Gregor. *glos.* 1. verb. *le mandò dar señaladamente*, ibi: *Non ideò, quia generalis facultas data commissario executori, non refertur ad easdem personas, de quibus iam per testatorem erat spetialiter prouisum.* Ioann. Andr. *in addit. ad Speculat. §. num verò, tit. de instr. edit. col. 32.*

112 ¶ Et denique, porque supuesto q̃ a estos albaceas no se les pide legado especial que pare en su poder, ni estan constituydos en obligacion personal que hiziessen a fauor de la casa pia, ni por nombramiento, ni por escritura, y que quo modocunque se considere, solo se puede intentar contra ellos que den cuentas de su albaceazgo, como expressamente lo pide la demanda contraria, y es a lo que de derecho tenentur, *Auth. de sanctiss. Episcop. §. O Economus, l. 2. ff. de negot. gest. l. actus, ff. de administr. tut. l. rationes, C. eodem tit. l. 5. tit. 10. p. 6.* & ibi Gregor. *glos. 3.* verbo, *dar cuenta*, Rebuff. *in l. bones, §. hoc sermoues,* vers. 16. Escobar *de ratiocin. q. 3. num. 18.* Matienço *in l. 14. tit. 4. glos. 1. lib. 5. nu. 66* Azeued. *in l. 6. tit. 6. lib. 5. Recop. n. 21.* Carp. *de execut. lib. 4. cap. 2. n. 1.*

113 ¶ Auiendolas dado, como consta del testimonio presentado, y satisfecho los 5U. pesos del residuo, vt sæpè diximus, & quod magis est, quando (sin perjuyzio de la verdad) se pudiesse afirmar que estuuiesse en ser este remaniente, lo

que

que no se puede dudar es, que el juyzio de cuentas está preuenido legitimamente ante el Eclesiastico, por cuya diligencia siendo la materia de mixto fuero, de ninguna forma se le puede quitar, ex *dict. l. hæreditas, ff. de petit. hæredit. l. nulli, C. de Episcop. & Cleric. Trident. Sess. 22. de reformat. cap. 8.* & alijs diximus in 1. puncto, & latè D. D. Ioseph. Vela *dissert.* 14. *num.* 46. Pereyr. *de man. Reg.* 1. *p. d. c.* 16. *n.* 12. que habla en cuentas.

114 ¶ Iam, iam, por las consideraciones, que en el corto tiempo que se nos ha dado, auemos podido hazer, y quedan referidas, me parece ser corriente y segura la justicia de Guillé Clut, y Iaquez Chaubin, para ò remitir el conocimiento a el Iuez de testamentos a quien pertenece, ó absolverles, y darles por libres de la demanda contraria; y assi lo esperamos. Salva in omnibus T. I. G. Q. S. D. C. &c.

L. Herrera
Pareja.